Über Spiel und Wette.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

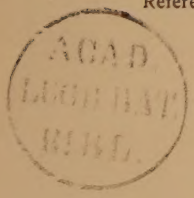
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Max Reymann

aus Dresden

Referendar am Königl. Amtsgericht in Leipzig.



Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meinem lieben Vater

und dem Andenken

meiner teuren Mutter

aus Dankbarkeit und Verehrung.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Über die sogen. Glücksverträge im allgemeinen 1

I. Teil.

Wesen und Begriff von Spiel und Wette.

A. Das Wesen von Spiel und Wette.

§ 2. Das Wesen des Spiels unter Hervorhebung der unter dem Begriff „Spiel" verstandenen Spielarten 3

§ 3. Das Wesen der Wette und die begrifflich erforderlichen Merkmale 7

§ 4. Die sogen. einseitige Wette 10

B. Über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette.

§ 5. Vorbemerkungen 15

§ 6. Theorien von Schriftstellern, die eine begriffliche Verschiedenheit von Spiel und Wette konstatieren 17

§ 7. Urteile von Schriftstellern, die für die Wesensgleichheit von Spiel und Wette eintreten 29

§ 8. Resümee und Ergebnis 33

II. Teil.

Geschichtlicher Überblick über die rechtliche Behandlung von Spiel und Wette.

§ 9. Das Spiel im römischen Recht 37

§ 10. Die Wette im römischen Recht 39

§ 11. Spiel und Wette im deutschen und gemeinen Recht . . . 43

§ 12. Im BGB. 50

Literaturverzeichnis.

Arndts, Pandekten. Stuttgart 1886.

Arnheim, Über Spiel und Wette. Greifswald 1898.

Bender, Über den Verkehr mit Staatspapieren, im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 8.

Beseler, System des deutschen Privatrechts. Berlin 1885.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. München 1854.

Bruck, Über Spiel und Wette. Greifswald 1868.

Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. Bd. 2. Stuttgart 1797.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. Berlin 1900.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Halle 1882.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. Halle 1901.

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. Göttingen 1823.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Berlin 1902.

Gans, Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung. Berlin 1830/32.

Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts. Erlangen 1876.

Gerber, System des deutschen Privatrechts. Jena 1873.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Bd. 11.

Goldschmidt, Wette und Glücksspiel, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 28.

Heinzerling, Die Wette, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 11.

Hirschfeld, Über Wettrennen und Rennwetten. Bremen 1899.

v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Rechts. Bd. 3. Leipzig 1858.

Jhering, Jahrbücher. Bd. 4. Jena 1861.

Keller, Pandekten. Bd. 1. Leipzig 1866.

Krügelstein, Über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette. Leipzig 1869.

Laband, Zur Literatur über Versicherungsrecht, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 19.

Maurer, Das Spiel, seine Entwicklung und Bedeutung im deutschen Recht, in der Krit. VSchr. Bd. 21.

Mengel, Spiel und Wette. Leipzig 1902.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. Halle 1844.

v. d. Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. Erlangen 1840.

Puchta, Pandekten. Leipzig 1877.

Reuber, Der begriffliche Unterschied von Spiel und Wette. Frankfurt a. M. 1903.

Schuster, Das Spiel, seine Entwicklung und Bedeutung im deutschen Recht. Wien 1878.

Seuffert, Pandekten. Würzburg 1864.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Leipzig 1869.

Stenglein, Glücksspiel und Wette, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 3. Wien 1883.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 3. Berlin 1885.

Thibaut, System des Pandektenrechts. Jena 1828.

Thöl, Der Verkehr mit Staatspapieren. Göttingen 1835.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. Marburg und Leipzig 1869.

Walter, Deutsches Privatrecht. Bonn 1855.

v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. Bd. 2. München 1831.

Wilda, Die Lehre von dem Spiel, in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. 2. Leipzig 1839.

Wilda, Die Wetten, in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. 8. Leipzig 1843.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. Düsseldorf 1875.

Einleitung.

§ 1.

Über die sogen. Glücksverträge im allgemeinen.

Unter dem Begriff „Glücksverträge“ faßte man früher eine Reihe von Verträgen zusammen, denen als charakteristisches Merkmal eigen ist, daß ein ungewisses, zur Zeit des Vertragsabschlusses noch in der Zukunft liegendes Ereignis oder eine bereits feststehende, den Parteien aber zu dieser Zeit nicht bekannte Tatsache die Entscheidung darüber herbeiführen soll, welcher Partei der Vertrag Gewinn und welcher er Verlust bringen werde. In Rücksicht auf die Abhängigkeit der Kontraktserfüllung von einem ungewissen Umstande und das hiermit für die Parteien, die einen solchen Vertrag eingehen, verbundene Wagnis hat man diesen Verträgen auch den Namen gewagte oder aleatorische Verträge beigelegt.

Ihrem Inhalt nach lassen sich die Glücksverträge in zwei Gruppen scheiden. Die eine Gruppe wird von den Verträgen gebildet, die mit anderen Verträgen inhaltlich vollkommen übereinstimmen und nur durch das Moment des Wagnisses, das zu ihnen hinzutritt, eine besondere Modifikation erleiden. Als Beispiele solcher Verträge, die diese Modifikation besonders deutlich erkennen lassen, seien nur die emtio spei und das foenus nauticum genannt. Man faßt

deshalb nicht mit Unrecht diese Gruppe von Verträgen unter dem Namen Glücksverträge im weiteren Sinne zusammen, während man die zweite Gruppe als die Glücksverträge im engeren Sinne bezeichnet. Diese zweite Gruppe wird von den Verträgen gebildet, die auf dem Wagnis basieren. Nicht wie bei den bedingten Verträgen von dem Eintritt der Bedingung hängt hier die Wirksamkeit eines derartigen Vertrages von dem ungewissen Umstande ab; der Bestand des Vertrages bleibt hiervon unberührt, der Einfluß des ungewissen Umstandes erstreckt sich nur auf den Ausgang des Vertrages, auf die Bestimmung der Gläubiger- und Schuldnerrolle, auf die Verteilung von Gewinn und Verlust unter den Parteien. Charakteristisch ist diesen Verträgen, daß nie beide Kontrahenten aus dem Vertrag Vorteil haben, sondern stets nur einer, und zwar in der Weise, daß der Verlust des einen dem anderen als Gewinn zufließt. Da bei diesen Verträgen das Wagnis im Vordergrund steht und den ganzen Vertrag beherrscht, so sind sie als die eigentlichen Glücksverträge anzusehen.

Die bedeutendsten Verträge dieser Art sind Spiel und Wette.

I. Teil.

Wesen und Begriff von Spiel und Wette.

A. Das Wesen von Spiel und Wette.

§ 2.

Das Wesen des Spiels unter Hervorhebung der unter dem Begriff „Spiel" verstandenen Spielarten.

Das Wort „Spiel" schließt den Begriff der Tätigkeit in sich, sei es einer geistigen oder körperlichen oder beider zusammen. Es bedeutet ein Heraustreten aus dem Zustand der Ruhe; nicht aber zu dem Zwecke, um eine produktive Tätigkeit auszuüben, um wirtschaftliche neue Werte zu erzeugen, vielmehr handelt es sich um eine Tätigkeit, die teils nur um ihrer selbst willen vorgenommen wird, ihren Reiz in sich selbst trägt, teils auf Herbeiführung einer Vermögensveränderung, auf Erlangung eines durch sonst nichts gerechtfertigten Vermögensvorteils gerichtet ist, in beiden Fällen der Gesamtheit aber nicht zugute kommt. Insofern steht das Spiel im Gegensatz zur Arbeit, dem Inbegriff jeder ernsten schaffenden Tätigkeit.

Das Spiel geht der Arbeit zeitlich voran. Wie sich kulturgeschichtlich nachweisen läßt, besteht die Tätigkeit der Menschen auf der untersten Stufe der kulturellen Entwicklung

im Spielen; erst mit der Zunahme und dem Fortschreiten der Kultur ist die Menschheit zur Arbeit übergegangen. Ein analoger Vorgang vollzieht sich auch in der Entwicklung eines jeden Menschen. Im zarten Kindesalter geht die Tätigkeit des Menschen im Spielen auf, und erst, wenn das Kind größer geworden ist, geht es unter entsprechender Anleitung zur ernsten Tätigkeit, zur Arbeit über. Das Kindesalter ist jedoch nicht die einzige Zeit im Leben des Menschen, der das Spiel angehört. Das Spiel begleitet den Menschen — man darf wohl sagen — auf dem ganzen Lebenswege, wenn auch in späteren Jahren im Vergleich zur Jugend zumeist andere Umstände die Veranlassung zum Spiel bilden werden. Dient in frühester Jugend das Spiel zur Zeitverkürzung, um ein schnelles Hinfließen der Zeit zu fördern, und wird das noch keine anderen Interessen kennende Kind nur aus dem einen Motiv, sich die Zeit zu vertreiben, und gleichsam einem natürlichen Triebe folgend, tätig, so macht sich im späteren Leben, wenn der Ernst des Lebens an den Menschen herantritt, neben anderen Motiven als das hervorragendste das Bedürfnis nach Erholung und Zerstreuung geltend. Nach getaner Arbeit wird das Spiel als Mittel gewählt, um sich ohne Anstrengung zu erfreuen, zu ergötzen, zu unterhalten. Alle Spiele, bei denen die Ausübung einer Tätigkeit Selbstzweck ist — mögen sie noch so verschiedenartig in der Ausübung voneinander sein, mag es sich um ein Spiel handeln, das sich auf das Tätigwerden eines einzelnen beschränkt, oder um solche, deren Ausübung von der Mitwirkung mehrerer bedingt ist, mag die Ausübung schließlich eine größere oder geringere Kunstfertigkeit oder die Beobachtung mehr oder minder schwieriger Spielregeln erfordern — gehören zu einer Gruppe zusammen; sie wird gebildet von dem eigentlichen

Spiel, dem reinen Unterhaltungsspiel, „dem Spiel im gesellschaftlichen Sinn[1])".

Spiele dieser Art sind, solange sie den geschilderten Charakter tragen, für das Recht indifferent. Zum Spiel im Rechtssinn — d. i. die zweite Gruppe — wird das Spiel erst durch den Spielvertrag, d. h. dadurch, daß die Parteien das Spiel als Mittel wählen, um über Gewinn und Verlust von Vermögenswerten zu entscheiden. Der Vertragszweck ist hier auf Herbeiführung einer Änderung der vermögensrechtlichen Lage unter den Kontrahenten gerichtet[2]) [3]). Dieses Spiel ist daher passend als Geldspiel zu bezeichnen.

Die Beweggründe, die dieses Spiel veranlassen, können natürlich ebenso mannigfacher Art wie beim eigentlichen Spiel und jedem anderen Vertrag sein, denn sie sind auf den rechtlichen Inhalt des Spielvertrags ohne Einfluß, wie denn überhaupt Beweggründe und causa eines Vertrages zwei heterogene Dinge sind, die selbständig nebeneinander bestehen und voneinander scharf zu trennen sind. Es können mehrere verschiedene Motive bei der einen oder bei beiden Parteien zusammenwirken; vielleicht führt das Zusammenwirken der

---

[1]) Diese Bezeichnung bei Mengel a. a. O. S. 5.

[2]) vgl. hierzu Arnheim a. a. O. S. 9. Arnheim scheint mit dem Worte „Spielvertrag" einen ganz falschen Begriff zu verbinden, denn er schreibt: „Denselben Zweck wie das Spiel selbst haben die Spielverträge, auch sie dienen der Erholung und der Ergötzung." Ihm scheinen Spiel und Spielvertrag dem Inhalt nach identisch zu sein.

[3]) Daß die Änderung der vermögensrechtlichen Lage unter den Kontrahenten erheblich und von einschneidender Bedeutung sein müßte, soll hiermit nicht zum Ausdruck gebracht werden. Auf die Höhe der Spielsumme kommt es nicht an, sondern nur darauf, daß um Geld gespielt wird. Hierdurch allein wird die Vertragszugehörigkeit zu der zweiten Gruppe begründet.

mehreren Motive in dem einen oder anderen Fall erst den Abschluß des Spielvertrags herbei.

Die meisten Geldspiele werden wohl vorwiegend aus Gewinnsucht oder zum Zwecke der Unterhaltung — beide Motive können natürlich miteinander konkurrieren — von den Spielern unternommen werden, beide also die am häufigsten vorkommenden sein. Je nach dem Vorwiegen des einen oder anderen Motivs wird das Spiel ein besonderes charakteristisches Gepräge erhalten. Bildet ersteres allein die Veranlassung, so ist das Spiel reines Gewinnspiel und lediglich Mittel zum Erwerbe. Das Interesse der Spieler haftet hier nicht am Spielen, sondern konzentriert sich auf die Entscheidung des Spiels, und zwar auf eine möglichst rasche Entscheidung. Dies hat zur Folge, daß der Spielvorgang möglichst vereinfacht und das Spiel so eingerichtet wird, daß große Anforderungen an die Spieler in bezug auf physisches oder geistiges Können nicht gestellt werden, damit der Ausgang des Spiels nicht aufgehalten wird und die Beteiligung an demselben jedermann möglich ist. Während also bei dem reinen Gewinnspiel die Absicht der Spieler allein auf Erlangung des Spielgewinns gerichtet ist — man denke nur an unsere sogen. Hazardspiele, wo hohe Summen den Einsatz bilden und gewöhnlich ein Spiel sich in rascher Folge an das andere reiht — ist doch bei vielen Gewinnspielen der Unterhaltungszweck nicht völlig ausgeschaltet und tritt dem ersteren Motiv oft ebenbürtig zur Seite, so daß sich das Interesse der Spieler auf das ganze Spiel gleichmäßig erstreckt. Bei dem endlich zu geringen Geldeinsätzen unternommenen Unterhaltungsspiel wird den Spielern vielfach eine Gewinnabsicht nicht nachgewiesen werden können, der Spielgewinn wird ihnen nur als Mittel

erscheinen, das die Spieltätigkeit reizvoller macht, während ihnen an der Erlangung desselben nichts gelegen ist. Diese Absicht erhellt auch daraus, daß oftmals nach beendetem Spiel — z. B. bei einem zwischen Gastgeber und Gast stattgefundenen Geldspiel — die Parteien untereinander auf einen Geldausgleich verzichten werden, weil es ihnen unangenehm ist, daß sich der eine auf Kosten des anderen bereichert, während doch ihr Spiel nur der Unterhaltung dienen sollte. Bei solchen Spielen tritt natürlich die causa gegenüber dem Beweggrund erheblich in den Hintergrund; an dem Inhalt des Spielvertrags wird aber dadurch nichts geändert: die Parteien spielen eben um Geld, wenn ihnen auch auf eine Vermögensänderung untereinander nichts ankommt[1]).

§ 3.

Das Wesen der Wette und die begrifflich erforderlichen Merkmale.

Die Wette ist das Produkt eines Meinungskampfes, der zwischen mehreren Personen geführt wird, und in dem eine Einigung über die gegensätzlichen Behauptungen zwischen den Parteien nicht zu erzielen gewesen ist. Ohne das Vorausgehen dieses Meinungskampfes ist eine Wette nicht denkbar. Der Meinungskampf darf von den Parteien nicht willkürlich,

---

[1]) Treffend beleuchtet das Verhältnis von causa und Beweggrund bei einem Vertrag in dieser Hinsicht das von Mengel a. a. O. S. 12 angeführte Beispiel: „Wer einem Hausierer einen Gegenstand, für den er keinerlei Verwendung hat, nur deshalb abnimmt, um weiteren Belästigungen zu entgehen, kauft diesen doch, obwohl ihm am Erreichen des Endzweckes des Kaufs, der Übereignung, nichts liegt."

nicht zum Zwecke der Unterhaltung inszeniert worden sein, sondern er muß das natürliche Ergebnis eines ernsthaften Meinungsstreites sein. Das bloße Aufstellen entgegenstehender Behauptungen über unter den Parteien ungewisse Tatumstände ist für sich allein also nicht entscheidend. Die sogen. Wette ist nur eine Form, hinter der sich ein Spiel verbirgt, wenn die Aufstellung der widersprechenden Behauptungen nur den Zweck verfolgt, um wetten zu können. Die Wette ist also ausgeschlossen, wenn — wie v. Vangerow[1]) schreibt — „der Vertrag nicht das natürliche Ergebnis eines vorausgegangenen Meinungsstreits ist, wenn also nicht gewettet wird, weil gestritten war, sondern wenn bloß gestritten wird, um zu wetten." Die Bezeichnung des Meinungsstreites als eines ernsthaften ist hier auch in dem Sinn zu verstehen, daß die Behauptungen solche sein müssen, über die sich eine bestimmte Ansicht äußern und vertreten läßt.

Die allgemeinen Erfordernisse eines Vertrags sind auch hier zu berücksichtigen. Das Vorhandensein von Arglist bei einer der Parteien wird mithin die Gültigkeit des Wettvertrages in Frage stellen. Solcher Arglist macht sich schuldig, wer sich den Anschein gibt, seiner Sache nicht sicher zu sein, um dadurch den anderen in seiner Ansicht zu bestärken und ihn so zur Wette zu reizen. So z. B., wenn sich jemand über den Inhalt einer Schrift vergewissert hat, dann das Gespräch mit einem anderen absichtlich darauf führt und einen zur Wette führenden Streit veranlaßt, von seiner Handlungsweise dem anderen aber nichts mitteilt, sondern sich nur darauf beschränkt, seine Meinung als die richtige hinzustellen. Dagegen würde man nicht schon dann Arglist

---

[1]) v. Vangerow a. a. O. § 673 unter 3.

annehmen dürfen, wenn der eine sichere Kenntnis von der Richtigkeit seiner Behauptung hat und sie dem Gegner verschweigt; denn die Parteien gehen ja miteinander die Wette ein, weil sie, und zwar eine jede, von der Richtigkeit ihrer Ansicht überzeugt sind und daran fest glauben.

Durch den Abschluß des Wettvertrags wird der Meinungskampf nicht beendet, er bildet nur gewissermaßen eine Cäsur des Kampfes, eine Teilung in zwei Abschnitte. Während der erste Abschnitt resultatlos verlief, eine Entscheidung darüber, welche Partei im Recht ist, nicht brachte, sondern nur zur Aufstellung zweier festformulierter, sich widersprechender Behauptungen führte, ist der zweite Abschnitt kraft Parteiwillens dazu bestimmt, die Entscheidung über den Streit herbeizuführen. Die Herbeiführung einer Entscheidung, mithin die Beseitigung eines Meinungsstreites, ist der Zweck des Abschlusses des Wettvertrages.

Die Beweggründe, die die Parteien hierbei leiten, können natürlich ebenso wie bei jedem anderen Vertrage sehr mannigfache sein. Es gilt in dieser Beziehung dasselbe, was oben[1]) über das Verhältnis von causa und Motiv bei dem Spielvertrag ausgeführt ist. Es soll allerdings nicht geleugnet werden, daß ebenso wie bei dem Spielvertrag die Eigenart des Wettvertrags es mit sich bringt, daß gewisse Motive hier vorwiegen werden, vor allem das Motiv der Rechthaberei, das Interesse der einzelnen Partei, mit der von ihr vertretenen Ansicht siegreich aus dem Meinungsstreit hervorzugehen.

Zum Abschluß des Wettvertrags ist noch erforderlich, daß sich jede Partei der anderen gegenüber für den Fall, daß sie Unrecht habe, zu einer Leistung verpflichtet und

---

[1]) vgl. oben § 2.

somit eine Basis für die Schlichtung des Streites schafft. Die Einführung dieses Mittels ist nötig, um den Vertragszweck, die Beseitigung des Meinungsstreites, zu erreichen. Ohne dasselbe ist schwerlich abzusehen, wie der Streit aus der Welt geschafft werden sollte, da ohne besondere Veranlassung ein Interesse zur Klarstellung der Verhältnisse meist nicht vorliegen, vielmehr jede Partei an ihrer subjektiven Überzeugung festhalten und sich damit begnügen wird, sie für die allein richtige zu halten, ohne Interesse daran zu haben, die gegnerische, für falsch gehaltene Meinung zu widerlegen. Erst das gegenseitige Versprechen gibt für jede Partei die Veranlassung, an der Gewinnung der objektiven Wahrheit mitzuarbeiten. Es gestattet auch einen Schluß darauf, daß beide Parteien von der Richtigkeit ihrer Meinungen überzeugt sind, denn wer seiner Sache nicht sicher ist, wird kaum sich der Gefahr eines Geldverlustes noch aussetzen, sondern lieber von der Eingehung der Wette abstehen. Die Wettsumme ist daher nicht das Ziel des Streites, nicht in ihrer Erlangung gipfelt der Vertragszweck, vielmehr ist sie nur das die Herbeiführung der Entscheidung fördernde Element.

§ 4.

Die sogen. einseitige Wette.

Die Frage, ob es eine einseitige Wette gibt, d. h. ob das Leistungsversprechen nur einer Partei für den Fall des Unterliegens zum Abschluß des Wettvertrags genügt oder nicht, hat nicht nur wissenschaftliche, sondern in hohem Maße auch praktische Bedeutung. Erstere insofern, als das Bürgerliche Gesetzbuch diese Frage nicht selbst entscheidet,

sondern die Entscheidung derselben der Wissenschaft überläßt. Die praktische Bedeutung beruht darin, daß bei Annahme von einseitigen Wetten diese den gesetzlichen Vorschriften über die Wette unterstellt werden müssen, was zur Folge hat, daß eine klagbare Verbindlichkeit aus ihnen nicht entstehen kann, vielmehr jede angestrengte Klage abgewiesen werden muß.

Bei Erörterung und Entscheidung dieser Frage müssen wir auf obige Ausführungen über die echte Wette zurückgehen. Wir haben besonders hervorgehoben und als unbedingtes Erfordernis eines Wettvertrages aufgestellt, daß sich bei Abschluß desselben beide Parteien unter entgegengesetzten Bedingungen zu einer Leistung verpflichten. An der Übernahme eines Risikos von beiden Seiten — wenn auch nicht eines gleich hohen — muß unbedingt festgehalten werden; nur ein derartig eingegangener Wettvertrag entspricht der allgemeinen Auffassung von dem Begriff Wette. Ein Vertrag dagegen, durch den zwei Parteien einen Meinungsstreit schlichten wollen, und bei dessen Eingehung nur eine Partei sich im Falle des Unterliegens zu einer Leistung verpflichtet, fällt überhaupt nicht unter die Kategorie der Wettverträge, kann daher auch nicht als Wette oder als einseitige oder halbe[1]) Wette bezeichnet werden. Es liegt vielmehr hier nur ein einseitig bedingter Vertrag, ein bedingtes Leistungsversprechen zugunsten des anderen Kontrahenten oder eines Dritten vor, das im konkreten Fall klagbar sein kann oder nicht.

Die hier niedergelegte Ansicht dürfte wohl in der Literatur die vorherrschendste sein. Es fehlt aber trotzdem

---

[1]) So Jhering a. a. O. S. 99ff.

nicht an Juristen, welche die entgegengesetzte Meinung vertreten und einen derartigen einseitigen bedingten Vertrag als einseitige Wette auffassen. Es seien hier nur Schuster, Stobbe, Dernburg und Hirschfeld genannt.[1])

Von diesen gelangt Hirschfeld zu seiner gegenteiligen Ansicht, indem er davon ausgeht, daß die gegenseitig versprochenen Leistungen nicht gleich groß zu sein brauchen. Er schließt daraus fälschlich, daß die eine Leistung gleich Null sein könne. Durch diese Deduktion kommt er dann, indem er also das Leistungsversprechen von der einen Seite als genügend ansieht, unter Verkennung des eigentlichen Wesens der Wette zu der Ansicht, daß es auch eine einseitige Wette gibt. Man kann sich zur Verteidigung dieser Ansicht auch nicht, wie Hirschfeld dies tut, auf den Sprachgebrauch berufen, denn die Juristensprache und die Laiensprache verbindet oft mit denselben Worten nicht dieselben Begriffe.

Unter den Vertretern der einseitigen Wette nimmt Jhering[2]) eine Sonderstellung ein. Er begnügt sich nicht damit, sich zu der Ansicht, daß es eine einseitige Wette gibt, zu bekennen, er sucht vielmehr die Lehre weiter auszugestalten und zu entwickeln. So bezeichnet er mit dem Ausdruck „Popularwette“ eine gewisse Art einseitiger Wetten, nämlich einseitige Wetten in incertam personam, die beruhen sollen auf einer Kombination von bedingtem Versprechen in incertam personam einerseits und von Wette andererseits. Jhering denkt hier an die Fälle der Auslobung, bei denen der Auslobende kein Interesse an der Erfüllung der Bedingung, der

---

[1]) Schuster a. a. O. S. 216; Stobbe a. a. O. S. 330; Dernburg, Bürgerl. R. § 211 Anm. 7; Hirschfeld a. a. O. S. 7ff.

[2]) Jhering a. a. O. S. 100.

Erbringung des Erfolges hat, vielmehr die Auslobung nur in der Erwartung vornimmt, den ausgesetzten Lohn nicht zahlen zu brauchen. So z. B. — es folgen die Beispiele Jherings — wenn jemand für den Fall eine Belohnung aussetzt, daß ein anderer ihm in einem bestimmten Stoff eine angeblich nicht darin befindliche Substanz nachweist, oder wenn öffentlich auftretende Gymnasten auf ihre Besiegung eine Prämie aussetzen. Jhering erblickt in der Auslobung eine an das Publikum gerichtete Offerte, über die in der Auslobung enthaltene Behauptung eine Wette einzugehen, und in der Vornahme der geforderten Handlung seitens eines Dritten den Abschluß des Wettvertrags. — Man muß Mengel[1]) beipflichten, daß diese von Jhering aufgestellte Theorie etwas sehr Gekünsteltes an sich hat, und daß die Annahme eines Meinungskampfes zwischen Personen, die einander nie gegenübergetreten sind, erzwungen und in Beziehung auf die rechtliche Behandlung der Auslobung im Bürgerlichen Gesetzbuch,[2]) wonach die Belohnung auch demjenigen zu entrichten ist, welcher die Handlung ohne Rücksicht auf die Auslobung vorgenommen hat, geradezu bedenklich erscheinen muß. Die für die Wette charakteristischen Merkmale, der Meinungskampf und das Bestreben der Parteien, eine Schlichtung des Streites herbeizuführen unter gegenseitiger Zusicherung von Leistungen für den Fall des Unterliegens des einen oder anderen Teiles, müssen vielmehr als fehlend angesehen werden. Es ist diese Theorie daher abzulehnen. Sie ist nur geeignet, eine Verwirrung der beiden Begriffe Auslobung und Wette herbeizuführen und eine Unsicherheit in der Judikatur hervorzurufen. Die von Jhering hierher gerechneten Fälle

[1]) Menzel a. a. O. S 30.

[2]) BGB. § 657.

sind echte Fälle der Auslobung, denn ob der Auslobende ein Interesse an der Erfüllung der Bedingung hat oder nicht, kommt rechtlich nicht in Betracht.

Anhang.

Welche große Bedeutung der Kontroverse über die einseitige Wette, oder mit anderen Worten der richtigen Erkenntnis des Wesens der Wette, noch heute unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches zukommt, hat der bekannte, der jüngsten Vergangenheit angehörende Prozeß Hoensbroech kontra Dasbach[1]) so recht vor Augen geführt. In diesem Prozeß hat das Landgericht in Trier als erstinstanzliches Gericht durch Urteil vom 7. 6. 1904 festgestellt, daß Beklagter, der durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung von 2000 fl. für den Nachweis einer Stelle aus den Jesuitenschriften ausgesetzt hatte, in der der Grundsatz: „Der Zweck heiligt die Mittel“ gelehrt werde, als notorischer Verteidiger der Jesuiten kein Interesse an diesem Nachweis, vielmehr ein erhebliches Interesse daran hatte. daß dieser Nachweis nicht erbracht werde. In Berücksichtigung dieses Umstandes hatte das Landgericht in der öffentlichen Ankündigung des Beklagten keine Auslobung, sondern eine einseitige Wette gefunden und unter Gleichstellung dieser mit der eigentlichen Wette die Klage auf Grund von § 762 BGB. abgewiesen. Dieser Fall kann als typisches Beispiel der Popularwette Jherings hingestellt werden, Er ist auch — sei es bewußt oder unbewußt — ganz im Geiste Jherings von der ersten Instanz entschieden worden. Das Oberlandes-

[1]) vgl. den Artikel „Zum Prozeß Hoensbroech kontra Dasbach“ in Nr. 8 der DJZ. S. 392 vom 15. 4. 1905.

gericht Köln als zweite Instanz hat mit Recht diese Rechtsauffassung des Landgerichts Trier abgelehnt und ist nur deshalb zur Abweisung der Klage gekommen, weil es den geforderten Nachweis nicht für erbracht erachtet hat.

B. Über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette.

§ 5.

Vorbemerkungen.

Von jeher hat in der Literatur lebhafter Streit darüber bestanden, ob sich ein begrifflicher Unterschied zwischen Spiel und Wette feststellen lasse, und worin dieser zu erblicken sei, oder ob beides identische Begriffe seien. Die verschiedensten Meinungen sind darüber aufgestellt, und die eine Ansicht ist von mehr, die andere von weniger Anhängern vertreten worden; man kann aber nicht sagen, daß eine Einigung bis jetzt erzielt oder eine befriedigende Lösung des Streites gefunden worden wäre. Ein die Schlichtung des Streits erschwerender Umstand beruht darin, daß sich die Quellen — das corpus juris civilis — über die Streitpunkte ausschweigen, also keinen direkten Anhalt bieten, vielmehr dadurch, daß sie die Wette als einen klagbaren und das Spiel als einen klaglosen Vertrag bezeichnen, eine Definition aber ebensowenig wie die neueren Gesetzbücher[1]) geben, den Streit erst herausgefordert haben.

[1]) Eine Ausnahme macht in dieser Beziehung das österr. BGB. in § 1270 mit einer allerdings wenig geglückten Definition der Wette: „Wenn über ein beiden Teilen noch unbekanntes Ereignis ein bestimmter Preis zwischen ihnen für denjenigen, dessen Behauptung der Erfolg entspricht, verabredet wird, so entsteht eine Wette."

Für das gemeine Recht war daher die richtige Beurteilung beider Verträge und die richtige Erkenntnis des Wesens derselben von großer praktischer Bedeutung, da eine gesunde Rechtsprechung von ihr abhing. Gegenwärtig hat der Streit an Wichtigkeit erheblich eingebüßt, da nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Spiel und Wette rechtlich gleich zu behandeln sind, eine klagbare Verbindlichkeit aus beiden Verträgen nicht entstehen kann. Wenn aber auch der Kontroverse hierdurch die praktische Bedeutung genommen ist, ein wissenschaftliches Interesse wird sie auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch beanspruchen, zumal auch dieses den Streit nicht entscheidet.[1]) Somit rechtfertigt sich auch gegenwärtig noch eine Behandlung der Kontroverse.

Bei jeder derartigen Abhandlung wird es unumgänglich sein, auf die verschiedenen hauptsächlichsten Ansichten und Theorien, die bisher aufgestellt worden sind, näher einzugehen, um das Richtige und Unrichtige an ihnen nachzuweisen und so die Klarstellung und die richtige Erkenntnis zu fördern. Eine erschöpfende Behandlung aller bisher aufgestellten Theorien kann diese Arbeit natürlich nicht bieten, das würde über den Rahmen derselben hinausführen; sie muß daher auf die Gewährung eines Überblicks über die wichtigsten Theorien beschränkt bleiben.

---

[1]) Aus der rechtlichen Gleichstellung von Spiel und Wette im BGB. darf nicht fälschlich der Schluß gezogen werden, daß dieses Gesetzbuch eine begriffliche Scheidung beider Verträge ablehne. Die verschiedene Bezeichnung mit Spiel und Wette im Gesetz steht dieser Auffassung entschieden entgegen.

§ 6.

Theorien von Schriftstellern, die eine begriffliche Verschiedenheit von Spiel und Wette konstatieren.

Die Zahl der Schriftsteller, die für das Bestehen eines begrifflichen Unterschiedes zwischen Spiel und Wette eintreten, ist die überwiegende. Bezüglich der Lösung der Frage aber, worin dieser zu erblicken ist, weichen die von ihnen aufgestellten Theorien mehr oder weniger voneinander ab. Teils in äußeren, teils in inneren Momenten glaubt man das Kriterium gefunden zu haben. Unter diese beiden Gesichtspunkte lassen sich die einzelnen Theorien subsumieren.

Von den Schriftstellern, welche in äußeren Merkmalen das Kriterium erblicken, gebührt Thöl,[1]) weil gerade seine Theorie seiner Zeit sehr viel Anklang und Anhänger gefunden hat, an erster Stelle genannt zu werden. Thöl ist der Ansicht, daß von den gewöhnlichen Erscheinungen bei Spiel und Wette, da es sich eben frage, ob sie auch etwas Wesentliches seien, gänzlich abgesehen werden müsse, und daß die Streitfrage nur an der Hand der Quelle, des römischen Rechts, gelöst werden könne. Er schließt aus der Bedeutung der Worte ludere, ludus und den D. 11. 5 l. 2 genannten Spielen: si quis certet hasta, pilo jaciendo, currendo, saliendo, luctando, pugnando, daß die Spieler auf den Eintritt des über Gewinn und Verlust entscheidenden ungewissen Tatumstandes hinwirken, den Ausgang des Spiels durch ihre Tätigkeit herbeiführen müssen, und baut hierauf seine Theorie auf, die in den Worten gipfelt: „Die den Ausgang herbeiführende Tätigkeit ist das Charakteristische des Spiels.“ Thöl stellt somit — wie auch

[1]) Thöl a. a. O. S. 263 ff.

aus seinen weiteren Ausführungen hervorgeht — fest, daß das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer die Entscheidung herbeiführenden Tätigkeit der Parteien dafür maßgebend sei, ob Spiel oder Wette vorliege. Im ersteren Fall sei Spiel, im letzteren Wette anzunehmen. Für die Unhaltbarkeit dieser Theorie, welche bei konsequenter Durchführung in der Praxis oft geradezu absurd erscheinen muß, sprechen am besten die von Thöl selbst zur Illustrierung angeführten Beispiele. „Der Vertrag", schreibt Thöl, „den Canning mit einem Herzoge ... schloß, daß derjenige von dem anderen 100 Pfund erhalten solle, welchem auf einem bestimmten Wege die meisten Katzen begegnen würden, ist eine Wette. Der Vertrag, den zwei Engländer schlossen, daß der eine oder andere eine bestimmte Summe an den Gegner verlieren solle, je nachdem von zwei auf das eine Ende eines Tisches gesetzten Schnecken die eine oder andere zuerst das entgegengesetzte Ende erreichen werde, ist ein Spiel. Hätten die Kontrahenten die Schnecken so vorgefunden, daß sie, die Kontrahenten, auch nicht im geringsten auf die Entscheidung des Vertrages eingewirkt hätten, so wäre es eine Wette gewesen." Und weiter: „Wer die gerade oder ungerade Zahl seiner Rockknöpfe über Gewinn oder Verlust entscheiden läßt, der wettet; wer die Zahl der zu diesem Zwecke in die Hand genommenen Münzen entscheiden läßt, der spielt." Aus diesen Beispielen geht ohne weiteres hervor, daß das von Thöl aufgestellte äußere Moment nicht geeignet sein kann, eine Abgrenzung zwischen Spiel und Wette zu begründen, daß ihm vielmehr mehr Wert beigelegt wird, als ihm zukommt. Viele echte Wetten, die zur Entscheidung eine Tätigkeit einer oder beider Parteien erfordern, weil gerade die Parteien über ihre körperliche Tüchtigkeit streiten, und der eine dem anderen

darin überlegen zu sein glaubt, müßten nach der Thölschen Theorie als Spiel behandelt werden. Man denke nur an folgende, dem täglichen Leben entnommene Beispiele: A behauptet, er sei dem B an Körperkraft bedeutend überlegen, und es sei für ihn ein leichtes, den B im Ringen auf beide Schultern zu drücken. B bestreitet dies, und es wird eine Wette vereinbart, die durch einen Ringkampf zur Entscheidung gebracht werden soll. Oder A behauptet, in einer bestimmten Zeit eine Wegstrecke zurücklegen zu können, und geht mit B, der nicht daran glauben will, eine Wette ein. In allen diesen Fällen von echten Wetten ist also eine Tätigkeit der Parteien unentbehrlich.

Die Theorie Thöls leidet einerseits daran, daß er den Begriff der zum Spiel erforderlichen Tätigkeit zu eng faßt, indem er in strenger Anlehnung an obige Digestenstelle, die von den fünf im römischen Recht erlaubten Kampfspielen handelt, eine körperliche Tätigkeit verlangt, während eine geistige schon ausreicht.[1]) Andererseits bleibt Thöl den Nachweis für seine Behauptung schuldig, weshalb die Wette die Tätigkeit der Parteien ausschließt. Durch die bloße Berufung auf Mühlenbruchs doctrina pandectarum § 427 Note 9: „Solis affirmationibus consistant necesse est sponsiones. Certationes equestres, similesque, licet in iis sponsionis forma adhiberi soleat, tamen ad ludorum genus sunt referendae“ kann, wie auch Reuber[2]) richtig bemerkt, der Beweis nicht erbracht werden. Das römische Recht bietet auch keinen Anhalt hierzu. Auf Grund der in ihm enthaltenen Be-

---

[1]) vgl. oben § 2.

[2]) Reuber a. a. O. S. 20.

stimmungen kann überhaupt — wie schon bemerkt wurde — ein begrifflicher Unterschied von Spiel und Wette nicht festgestellt werden. Die Thölsche Theorie trägt somit den Stempel der Willkür an sich.[1])

Verwandt mit der Thölschen ist die von Bender[2]) vertretene Theorie, der das charakteristische Merkmal des Spiels in einer Tätigkeit erblickt, die auf kluger Berechnung oder Geschicklichkeit der Beteiligten beruht und sich nach anerkannten Regeln vollzieht. Bender ist der Vorwurf zu machen, daß er gewisse Formen und Merkmale, die bei einer mehr oder minder großen Zahl von Spielen wahrzunehmen sind, als für das Spiel im allgemeinen charakteristisch und zur Aufstellung eines begrifflichen Unterschiedes von Spiel und Wette ausreichend erachtet. Was die Tätigkeitsfrage anlangt, so ist auf obige Ausführungen zu verweisen. Hinsichtlich der geforderten Geschicklichkeit und klugen Berechnung darf jedoch nicht unbeachtet bleiben, daß oftmals die Beteiligten gar nicht in der Lage sind, ihr physisches oder psychisches Können zur Geltung zu bringen und damit auf

---

[1]) Als Anhänger der Thölschen Theorie sind hauptsächlich folgende Schriftsteller zu nennen: Gans a. a. O. S. 168: „Ein Spiel ist nicht ohne Tätigkeit der Spielenden zu denken ... die Wetten schließen diese Tätigkeit aus." Mühlenbruch a. a. O. § 424: „Spiel ist die Handlung oder Unternehmung mehrerer ohne eigentliches Geschäft, wobei Gewinn oder Verlust von einem noch unbewußten, aber durch die Tätigkeit der Interessenten herbeizuführenden Ausgang abhängig gemacht wird." Ferner Walter § 369 S. 415; v. Holzschuher a. a. O. S. 889; Seuffert § 369 S. 305; Gerber § 193 S. 519; Krügelstein § 3 S. 62; Sintenis § 123 S. 734.

[2]) Bender a. a. O. S. 121; vgl. auch Sintenis und v. Wening-Ingenheim a. a. O.

die Entscheidung des Spiels einzuwirken. Man denke nur an unsere sogen. Hazardspiele, wie z. B. das Roulettespiel, oder auch an das Würfelspiel, wo lediglich der Zufall über den Ausgang des Spiels entscheidet, ein Einwirken der Parteien aber ausgeschlossen ist. Die Geschicklichkeit oder kluge Berechnung etwa in dem Werfen der Würfel erblicken zu wollen, dürfte verfehlt und nicht angängig sein. Auch in den „anerkannten Regeln", nach denen das Spiel verlaufen soll, kann etwas Charakteristisches für das Spiel nicht gefunden werden, da derartige Bestimmungen auch für die Wette getroffen werden können. Es muß überhaupt bestritten werden, daß die Spielregeln ein wesentliches Spielerfordernis darstellen, wie folgendes Beispiel beweist. Zwei Personen, die sich zum Besuch eines Pferderennens begeben haben, kommen zu dem Zwecke, um sich in der Pause die Zeit zu vertreiben und ihr Interesse für das bevorstehende Rennen noch zu erhöhen, dahin überein, daß eine jede eins — und zwar ein verschiedenes — der an dem Rennen teilnehmenden Pferde als das vermeintlich siegreiche bezeichnen, und daß, wer die richtige Wahl getroffen, von der anderen eine bestimmte Summe erhalten soll. Das von den zwei Personen getroffene Abkommen ist ein Spiel, dessen Entscheidung von dem Ausgang des Rennens abhängt. Ein noch ungewisses Ereignis soll also den Ausschlag geben, ob einer der Kontrahenten und welcher das Spiel gewinnt. Spielregeln kommen bei dem ganzen Spiel überhaupt nicht in Betracht und werden auch nicht vereinbart. Es ist also ein Übereinkommen der Parteien ausreichend, daß ein unter ihnen noch ungewisser Tatumstand über den Ausgang des Spiels entscheiden soll.

Eine Anzahl weiterer Schriftsteller, zu denen vornehmlich Keller, Thibaut, Glück und Mühlenbruch zu

rechnen sind[1]), legt auf das der Wette eigene Merkmal der Meinungsverschiedenheit großes Gewicht. Von diesen ist Keller der Ansicht, daß das Merkmal der Meinungsverschiedenheit zur begrifflichen Scheidung von Spiel und Wette schon ausreiche; er unterläßt deshalb eine Definition des Spiels zu geben, während die anderen Schriftsteller noch das Spiel als ein Abkommen zweier Parteien definieren, zufolge dessen jede sich für den Fall des Eintritts oder Nichteintritts eines ungewissen Tatumstandes zu einer Leistung verpflichtet Letztere Definition ist so gut wie nichtssagend. Sie vermag ein dem Spiel charakteristisches Moment nicht festzustellen. Denn daß die Parteien in einem Vertrage Verpflichtungen eingehen und dieselben von Bedingungen abhängig machen können, ist etwas Selbstverständliches und bei jedem anderen Vertrage auch der Fall. Was die Frage der Meinungsverschiedenheit nun anlangt, in deren Vorhanden- oder Nichtvorhandensein man das Kriterium gefunden zu haben glaubt, indem man im ersteren Falle Wette, im letzteren Spiel annimmt, so bleibt doch zu erwägen, ob der Wettvertrag auch der einzige Vertrag ist, dem über den Ausgang eine Meinungsverschiedenheit zugrunde liegen kann. Das ist zu verneinen. Zutreffend führt in dieser Beziehung Bruck[2]) aus: „Diese Verschiedenheit der Meinungen ist aber auch beim Spiel vorhanden, wenn nicht in demselben eine Schenkung enthalten sein soll. Zwar werden beim Spiel dieser Meinungsverschieden heit gewöhnlich nicht Worte geliehen, aber sie ist immer als vorhanden anzusehen.“ — Zu einem unbefriedigenden Re-

[1]) Keller a. a. O. § 228 S. 505; Thibaut a. a. O. § 574; Glück Bd. 11. S. 331; Mühlenbruch §§ 424, 425; vgl. ferner Endemann § 187 S. 1174; Gengler a. a. O. S. 428 ff.

[2]) Bruck a. a. O. S. 65.

sultat muß man aber auch dann gelangen, wenn man die Meinungsverschiedenheit so deuten wollte, daß es bei der Wette nur auf das Aufstellen verschiedener Behauptungen ankomme. Denn dann würden nicht mehr rechtliche Gesichtspunkte darüber zu entscheiden haben, ob die Vereinbarung der Parteien Spiel oder Wette ist, sondern lediglich die Willkür der Parteien. Nach Belieben könnten dann diese ein Spiel, das sie überdrüssig bekommen haben, durch Aufstellen entgegengesetzter Behauptungen in eine Wette umwandeln. Daß ein derartiges äußerliches Moment für das Wesen eines Vertrags irrelevant sein muß, liegt auf der Hand. Man muß eben daran festhalten, daß die Wette das natürliche Resultat eines ernsten Meinungskampfes ist, und daß sich hinter der sogen. Wette nur ein Spiel verbirgt, wenn die Aufstellung der verschiedenen Behauptungen nur den Zweck verfolgt, um wetten zu können.

Nicht weiter bringt uns die Theorie, welche darauf basiert, daß das die Entscheidung herbeiführende Ereignis beim Spiel stets in der Zukunft liegen müsse, während es bei der Wette auch der Gegenwart oder Vergangenheit angehören könne[1]). Unwillkürlich gibt sie zu der Frage Anlaß: wie soll die Entscheidung gefällt werden, wenn ein zukünftiges Ereignis zum ausschlaggebenden Moment bestimmt ist? Hier versagt diese Theorie. Es liegt mithin auf der Hand, daß sie keinen Anspruch auf praktische Brauchbarkeit erheben kann. Überdies hat Stenglein[2]) unter Hinweis auf das sogenannte „Häufeln“ und das „Kümmelblättchenspiel“ nach-

---

[1]) v. d. Pfordten a. a. O. S. 330; Sintenis § 97 Anm. 74; v. Holzschuher Bd. 3 S. 889.

[2]) Stenglein a. a. O. S. 135.

gewiesen, daß auch beim Spiel die Entscheidung in der Gegenwart oder Vergangenheit liegen kann.

Im Anschluß hieran könnten noch einige weitere Theorien, die sich in der Literatur vereinzelt finden und auch äußere Momente für den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette in Anspruch nehmen, genannt werden. Aber auch sie vermögen einer prüfenden Kritik nicht standzuhalten. Es darf daher nicht wundernehmen, daß die neueren Schriftsteller zumeist davon abkommen, in äußeren Momenten das Unterscheidungsmerkmal zu suchen. Die vorherrschende Meinung geht heute dahin, daß der Unterschied von Spiel und Wette nicht in äußeren, sondern in inneren Momenten begründet sei, und zwar in den verschiedenen Motiven, die zum Spiel und zur Wette die Veranlassung geben[1]). Fast übereinstimmend erblickt man das beim Spiel dominierende Motiv in der Gewinnsucht, dem eine Anzahl von Schriftstellern noch das Motiv der Unterhaltung hinzugesellt. Auch darüber ist man einig, daß mit diesen beiden Motiven die Zahl der beim Spiel vorkommenden Motive nicht erschöpft ist, nur wird das Vorhandensein eines der beiden Hauptmotive — vor allem das der Gewinnsucht — von der Mehrzahl der hierher zu rechnenden Schriftsteller für unbedingt erforderlich erachtet[2]). Demgegenüber wird bei der Wette betont, daß den Wettenden das Motiv der Rechthaberei und

---

[1]) Vangerow Bd. 3 § 673; Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 § 158 unter 2; Windscheid a. a. O. § 419; Hirschfeld a. a. O. S. 1 und andere.

[2]) Einen abweichenden Standpunkt nimmt Arnheim a. a. O. S. 10 ein, indem er das dem Spiel charakteristische Merkmal in der Freude am Wagnis oder dem Vergnügen an der Kunstübung erblickt. — Ähnlich Maurer a. a. O. S. 214 und Schuster a. a. O. S. 216.

die Absicht leiten müsse, den Nachweis von der Richtigkeit seiner Überzeugung zu erbringen, nicht aber Gewinnsucht. Die stipulierte Wettsumme sei vielmehr als ein Siegeszeichen für den Rechtbehaltenden und als eine Strafe für den grundlos Streitenden anzusehen.[1])

Als die frühsten typischen Vertreter und wohl auch Begründer dieser Theorie werden Wilda und v. d. Pfordten zu gelten haben. Da viele neuere Schriftsteller sich ihnen angeschlossen haben, so möge der den Unterschied von Spiel und Wette charakterisierende Wortlaut ihrer Ausführungen hier zitiert werden. Von ihnen schreibt Wilda[2]):

„Eben dadurch, daß den Wettenden das Interesse der Bewährung seiner Behauptung leitet, den Spielenden es nur um die Möglichkeit des Gewinnes zu tun ist, unterscheiden sich beide Verträge."

Und v. d. Pfordten[3]) führt aus:

„Fragen wir nun aber nach dem Motive, welches diese Verträge hervorruft, so kann es ein doppeltes sein, und hierin liegt dann der Unterschied zwischen Spiel und Wette. Das Spiel wird um des Gewinnes willen getrieben; zwar konkurrieren auch hier noch andere Beweggründe, z. B. Unterhaltung, Übung des Körpers oder Geistes, aber immer gibt der Gewinn dem Spiele seine eigentliche Bedeutung, und schon die Sprache des gemeinen Lebens schließt die Spiele,

---

[1]) Heinzerling a. a. O. S. 112 hält die Gewinnabsicht bei der Wette nicht für ganz ausgeschlossen, wenn sie auch als etwas Nebensächliches erst in zweiter Linie in Betracht komme, und ihr das Interesse an der Bewahrheitung der aufgestellten Behauptung stets vorangehe.

[2]) Wilda Bd. 8 S. 211.

[3]) v. d. Pfordten a. a. O. S. 330.

welche ohne allen Gewinn bloß um der Unterhaltung willen getrieben werden, von dem eigentlichen Begriffe des Spieles aus. Die Wette dagegen wird nicht um des Gewinnes willen eingegangen, sondern ihr Motiv ist Rechthaberei bei einem Streite; der Gewinn soll nur ein Siegeszeichen sein und den Verlierenden gewissermaßen für sein grundloses Streiten züchtigen; dies zeigt sich auch deutlich darin, daß sehr häufig der Gewinnende den Gewinn nicht für sich behält, sondern ihn mit dem Verlierenden und den Zeugen verjubelt, um seine Siegesfreude zu genießen."

Es läßt sich nicht leugnen, daß die Motivtheorie von den bisher betrachteten Theorien diejenige ist, welche auf den ersten Blick am meisten zu überzeugen vermag, zumal die in ihr niedergelegte Ansicht sich auf Beobachtungen stützt, die bei einer großen Zahl von Einzelfällen sich als zutreffend erweisen. Bei genauerer Prüfung erkennt man aber sehr bald, daß eine begriffliche Scheidung zweier Vertragsgattungen, die sich auf die Moitve aufbaut, haltlos sein muß, denn die Beweggründe sind nichts Wesentliches für einen Vertrag. Ihre Zahl ist unbegrenzt und läßt sich auf eine gewisse Anzahl nicht beschränken. Wenn auch zutreffend ist, daß gerade bei den aleatorischen Verträgen gewisse Motive dominierend in den Vordergrund treten, so darf doch daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß sie ein charakteristisches, zur begrifflichen Scheidung der einzelnen Vertragsgattungen der aleatorischen Verträge ausreichendes Merkmal abgeben, und daß das Vorhandensein eines solchen Motivs die Zugehörigkeit eines Vertrags zu einer bestimmten Vertragsgattung begründet. Das Hervortreten gewisser Motive beruht vielmehr in der Natur der aleatorischen Verträge, in dem Sichanvertrauen dem Wagnis, dem Glück, während die kluge,

kühle, ökonomische Berechnung der Paziszenten, wie sie bei anderen Verträgen vorkommt, hier zurücktritt. Und in der Tat findet sich das Motiv der Gewinnsucht, das nach der Motivtheorie das charakteristischste Merkmal für das Spiel sein soll, auch bei der Wette. Man denke nur an den Fall, daß der eine Paziszent von der Richtigkeit seiner Ansicht fest überzeugt ist und hierfür auch begründeten Anhalt besitzt, der andere besteht aber auf seiner gegenteiligen Ansicht und drängt zur Wette; der erstere entschließt sich schließlich nur aus dem Grunde, um die Wettsumme zu erhalten, zur Eingehung der Wette, weil für ihn die Wette so gut wie schon entschieden ist, ein weiteres Interesse aber nicht besteht. Mit diesem Nachweis verliert aber diese Theorie ihre wesentliche Stütze. Es ließe sich vielleicht nun mit Recht einwenden, wenn man auch das für das Spiel als charakteristisch in Anspruch genommene Motiv der Gewinnsucht fallen lassen müsse, so bleibe doch noch der der Wette vorausgehende ernste Meinungskampf — im Gegensatz zur bloßen Meinungsverschiedenheit, welche auch beim Spiel vorkommen kann und bei gewissen Spielen im Laufe des Spiels als erkennbar gefordert wird: man denke an die Kartenspiele, wie z. B. Skat, bei welchem nach Verteilung der Karten Spiele angesagt werden[1]) — als charakteristisch für diese bestehen, da sich ein solcher beim Spiel nicht nachweisen lasse. Das ist zwar zutreffend, und auch ist der Gegenbeweis von Mengel noch nicht erbracht, wenn er schreibt[2]): „Selbst das Kennzeichen des Meinungskampfes läßt sich nicht ausschließlich für die Wette als Ausgangspunkt vindizieren; es

---

[1]) vgl. Stenglein a. a. O. S. 136.

[2]) Mengel a. a. O. S. 22.

ist auch denkbar, daß aus Anlaß eines Streites zweier Leute über ihre Spielkunst, bei dem sie für ihre Behauptungen mit Vermögenswerten nicht einstehen wollen, weil sie vielleicht grundsätzlich nicht wetten, ein Geldspiel entsteht.“ Denn in dem von Mengel hier angeführten Beispiele bringen die Parteien in Wirklichkeit eine Wette zum Austrag, wenn sie auch die Eingehung einer Wette vermeiden wollen; ihre Absicht bleibt immer auf die Entscheidung eines ernsten vorangehenden Meinungsstreites gerichtet, das Spiel steht nur im Dienst der Wette, bildet nur das Mittel zur Herbeiführung der Entscheidung des Meinungsstreites, und der Spieleinsatz ersetzt die Wettsumme. Die objektive Beurteilung entscheidet eben über Wesen und Inhalt eines Vertrages, nicht das subjektive Urteil der Parteien selbst. Immerhin ist aber der Wert des für die Wette aufgestellten Kriteriums des Meinungskampfes zu problematisch, als daß es Anspruch auf praktische Brauchbarkeit erheben könnte. Man vergegenwärtige sich nur die Schwierigkeit, die sich bei Entscheidung der Frage ergibt, ob denn der Meinungskampf im einzelnen Fall einem ernsten Willen der Parteien entsprungen ist, oder ob er nur künstlich erzeugt worden ist, um nach außen den Schein einer Wette hervorzurufen. Innere Willensvorgänge entziehen sich eben der Kenntnis und Wahrnehmung jedes urteilenden Dritten. Ein sicheres Urteil kann auf dieser Grundlage nicht gefällt werden. Andererseits ist das Kriterium auch deshalb abzulehnen, weil ja der eigentliche Meinungskampf vor dem Abschluß des Wettvertrags liegt, gar nicht rechtlicher Bestandteil desselben wird.

§ 7.

Urteile von Schriftstellern, die für die Wesensgleichheit von Spiel und Wette eintreten.

Angesichts der Tatsache, daß die Frage nach dem begrifflichen Unterschiede von Spiel und Wette schon lange die Wissenschaft beschäftigt, ohne daß es bis jetzt möglich gewesen wäre, ein sicheres, der Kritik auch standhaltendes Unterscheidungsmerkmal zu finden, sowie in Anbetracht des Umstandes, daß auch der Sprachgebrauch keinen Anhalt bietet, indem er bald von Spiel und bald von Wette spricht, ohne sein Urteil auf innere unterscheidende Momente zu gründen, so erscheint die Schlußfolgerung wie von selbst gegeben, daß Spiel und Wette identische Begriffe, also wesensgleich sein müssen. Diesen Schluß hat auch eine ganze Anzahl Schriftsteller gezogen, teils nach erfolgloser Bemühung um die Auffindung eines Kriteriums, teils sich von vornherein zu dieser Ansicht bestimmen lassend durch das negative Resultat der wissenschaftlichen Forschung. Es mögen die Auslassungen von einigen dieser Schriftsteller hier zitiert werden.

Stenglein[1]) führt aus: „Steht aber fest, daß der Sprachgebrauch zwischen Spiel und Wette nicht nach inneren prinzipiellen Merkmalen unterscheidet, sondern nur in einer tatsächlich üblichen Weise; steht ferner fest, daß auch die Wissenschaft keine Merkmale gefunden hat, welche gestatten, diese Verträge über Gewinn und Verlust in ein gewisses System zu bringen, daß trotz aller sorgfältigen Untersuchungen nur unsichere, zur juridischen Unterscheidung nicht geeignete,

---

[1]) Stenglein a. a. O. S. 138.

bald zutreffende, bald nichtzutreffende Merkmale aufgefunden wurden, so sollte der Versuch aufgegeben werden, Spiel und Wette als etwas begrifflich Verschiedenes darzustellen."

Beseler,[1]) der im Sinn der Tätigkeitstheorie einen Gegensatz zwischen Spiel und Wette aufzustellen versucht, sagt selbst im Anschluß an diesen Versuch: „Dieser Gegensatz ist aber kein notwendiger, sondern bezeichnet nur, wie es gewöhnlich bei diesen Verträgen herzugehen pflegt; er ist aber auch rein äußerlich, ohne das Wesen der Verhältnisse irgendwie zu treffen, und daher nicht geeignet, zur Grundlage einer wissenschaftlichen Begriffsbestimmung zu dienen."

Stobbe[2]) schreibt: „Spiel und Wette sind keine kontradiktorischen Gegensätze." Und schließlich

v. Wening-Ingenheim[3]): „Doch reicht wohl überhaupt kein Begriff hin, um für alle Fälle Spiel und Wette zu unterscheiden."

So naheliegend bei der bisher resultatlosen Forschung nach einem Kriterium auch die Schlußfolgerung von der Wesensgleichheit von Spiel und Wette erscheinen mag, so muß sie dennoch so lange als eine leere Behauptung bezeichnet werden, als der Nachweis für die Wesensgleichheit beider Verträge nicht erbracht ist. Diesen Nachweis haben verschiedene Schriftsteller zu führen gesucht und glauben ihn auch erbracht zu haben, indem sie teils das Spiel als den weiteren Begriff bezeichnen und ihm die Wette als Unterart subsumieren, teils indem sie in umgekehrter Richtung verfahren. Die Gründe, mit denen sie dieses Resultat zu stützen

---

[1]) Beseler a. a O. § 118.

[2]) Stobbe a. a. O. S. 324.

[3]) v. Wening-Ingenheim Bd. 2 § 281 Anm. q S. 261.

suchen, sind jedoch recht anfechtbare. So schreibt z. B. Mengel[1]):

„In dieser Hinsicht aber besteht kein Unterschied zwischen Spiel und Wette: bei beiden versprechen die Parteien, unter entgegengesetzten Bedingungen sich einem Vermögensverlust zu unterwerfen, hier für den Fall der Richtigkeit einer bestimmten Behauptung, dort beim Eintritt einer beliebigen eigentlichen oder uneigentlichen Bedingung. Ohne ein solches wechselseitiges Versprechen verliert auch die Wette ihr juristisches Interesse; beide Verträge enthalten ausschließlich ein Setzen auf Gewinn und Verlust ohne einen wirtschaftlich oder ethisch gerechtfertigten Grund, und auch bei der Wette handelt es sich im Ergebnis nicht minder wie beim Spiel um einen Vermögensübergang von durchaus unwirtschaftlicher Natur." Und weiter[2]): „Da also bei der Wette die Parteien einen Vermögensübergang von der Richtigkeit bestrittener und bestreitbarer Behauptungen, beim Spiel einen solchen von sonstigen Umständen abhängig machen, ist erstere vom Gesichtspunkt des Rechts lediglich eine Unterart des letzteren, d. h. es besteht kein Unterschied im Wesen, nur in der äußeren Erscheinung."

Mengel hat wohl erkannt, daß bei der Frage nach der Wesensgleichheit oder Wesensverschiedenheit zweier Vertäge dem Vertragsinhalt eine entscheidende Rolle zufällt, er verkennt aber durchaus das Wesen der Wette, wenn er den Vertragsinhalt derselben analog dem des Spiels ausschließlich in einem Setzen auf Gewinn und Verlust erblickt.[3])

---

[1]) Mengel a. a. O. S. 23.

[2]) Mengel a. a. O. S. 24.

[3]) vgl. oben § 3.

Demselben Fehler wie Mengel ist auch Bruck[1]) verfallen, indem auch er den Vertragszweck der Wette in der Erlangung eines Vermögensvorteils sieht und somit mit der Identität des Vertragsinhaltes beider Verträge die Wesensgleichheit von Spiel und Wette für festgestellt erachtet. Während jedoch für Mengel das Spiel der weitere Begriff ist, bezeichnet Bruck, geleitet von der Ansicht, daß jedes Geldspiel eine Wette der Spieler über den Ausgang des Spiels sei, ersteres als eine Spezies der letzteren. Dieselbe Auffassung vom Geldspiel als einer Wette über den Ausgang des Spiels vertritt auch Laband.[2]) Ihr muß aber entschieden widersprochen werden. Schon aus dem Grunde erscheint diese Ansicht haltlos, weil beim Spiel wohl, wie wir oben gesehen haben, eine Meinungsverschiedenheit der Spieler über den Ausgang des Spiels möglich ist, nicht aber ein ernster Meinungskampf, ein solcher auch gar nicht stattfindet; es müßte denn sein, daß die Spieler einen ernsten Meinungsstreit über ihre gegenseitig behauptete größere Spielfertigkeit durch das Spiel zum Austrag bringen wollen, in welchem Falle es sich dann aber lediglich um eine Wette handelt.[3]) Wenn schließlich Puchta[4]) mit den Worten: „Spiele sind Komplexe von zusammenhängenden Wetten“ für die Wesensgleichheit beider Verträge eintritt, so kommt mit diesen Worten wohl nur — wenn auch in anderer Form — die von Bruck und Laband vertretene Ansicht, daß jedes Geldspiel eine Wette über den Ausgang des Spiels sei, zum Ausdruck. Ein näheres Eingehen ist deshalb nicht erforderlich.

---

[1]) Bruck a. a. O. S. 71 ff.

[2]) Laband a. a. O. S. 640.

[3]) vgl. oben § 6 i. f.

[4]) Puchta a. a. O. § 258 Anm. n.

§ 8.

Resümee und Ergebnis.

Werfen wir nun nach obigen Ausführungen einen Rückblick auf den gegenwärtigen Stand der wissenschaftlichen Behandlung der Kontroverse, so ergibt sich, daß alle bisher nach Auffindung eines Kriteriums zwischen Spiel und Wette angestellten Versuche sich in der Richtung bewegen, dasselbe in einem äußeren erkennbaren Umstande oder in dem dem Vertrag zugrunde liegenden Motiv zu erblicken, während andererseits in Erkenntnis der Unzulänglichkeit des nach dieser Richtung Erreichten oder in Verkennung des Wesens eines der beiden Verträge die unbegründete Schlußfolgerung von der Wesensgleichheit von Spiel und Wette gezogen worden ist.

Was die äußeren erkennbaren Merkmale anbetrifft, die das Kriterium bilden sollen, so liegt es auf der Hand, daß sie als oftmals nur zufällige, keineswegs aber essentielle Erscheinungen eines Vertrags nicht geeignet sein können, zur Grundlage für die begriffliche Abgrenzung zweier Verträge zu dienen. Dasselbe gilt auch von den Beweggründen oder Motiven. Es ist in dieser Beziehung bereits darauf hingewiesen worden, daß sich auf Grund derselben eine begriffliche Scheidung zweier Vertragsgattungen nicht aufbauen läßt, da sie nichts Wesentliches für einen Vertrag sind, und eine Inanspruchnahme bestimmter Motive als charakteristisch für eine Vertragsgattung auch nicht zulässig erscheint, da dieselben ebensogut bei anderen Verträgen in Frage kommen können. Der Fehler, der die Motivtheorie beherrscht, ist analog dem, der auch zur Verwerfung der übrigen Theorien, die sich auf äußere erkennbare Merkmale stützen,

führen muß; er beruht in dem Bestreben zu verallgemeinern, Merkmale, die sich des öfteren bei Einzelfällen einer Vertragsgattung beobachten lassen, ohne weiteres als charakteristisch für die ganze Vertragsgattung zu übertragen. Auf den richtigen Weg, der bei Lösung der Streitfrage einzuschlagen ist, haben neben anderen besonders Stenglein[1]) und Mengel[2]) hingewiesen, indem sie als das bei der Frage nach der begrifflichen Verschiedenheit zweier Verträge ausschlaggebende Moment den Vertragsinhalt, den erklärten Parteiwillen, in den Vordergrund stellen und von dessen Beschaffenheit die Wesensgleichheit oder Wesensverschiedenheit von Spiel und Wette abhängig machen. Der Vertragsinhalt, die causa des Vertrags, ist bei dem Spiel- und Wettvertrag in Ermangelung besonderer Formvorschriften — dies sowohl im früheren gemeinen als im jetzt geltenden Recht — ausschließlich entscheidend. Mit dem Nachweis der Identität der causa ist der Beweis der Wesensgleichheit von Spiel und Wette, mit dem Nachweis des Gegenteils der Beweis der begrifflichen Verschiedenheit beider Verträge erbracht.

Wir haben nun oben bei den allgemeinen Ausführungen über das Spiel im Rechtssinn den Vertragszweck des Spiels in dem Bestreben auf Herbeiführung einer Änderung der vermögensrechtlichen Lage unter den Kontrahenten erkannt. Zur Erreichung dieses Zweckes wird das Spiel von den Kontrahenten unternommen, indem jeder Spieler auf seine Art den Gewinn zu erringen gedenkt. In diesem Bestreben gipfelt der Vertragszweck bei allen Geldspielen, wenn er auch oftmals durch das Überwiegen und starke Hervortreten der Motive

[1]) Stenglein a. a. O. S. 119 u. 142.

[2]) Mengel a. a. O. S. 23.

nicht so leicht erkennbar ist. Der Vertragszweck wird sich mithin beim Spiel kurz mit den Worten „Kampf und Streit um Geldeswert“ wiedergeben lassen. Ein anderes Resultat hat sich uns bei der Wette ergeben. Nicht des Streites um Geldes willen wird sie, wie wir oben gesehen haben, eingegangen, sondern gerade zwecks Entscheidung eines zwischen den Kontrahenten schon bestehenden Meinungskampfes, mithin zwecks Beseitigung und Beilegung desselben. Die von den Parteien verfolgte Absicht ist mithin eine dem Spiel gerade entgegengesetzte: sie sucht nicht neuen Streit, sondern bezweckt Beseitigung eines bestehenden. Zur Erreichung dieses Zweckes dient als die Entscheidung förderndes und auch zum gehörigen Abschluß des Wettvertrags erforderliches Moment die Eingehung der Wettsumme. Die Entscheidung fördernd ist diese insofern, als sie, wie wir festgestellt haben, für jeden Kontrahenten einen Ansporn zur Mitarbeit an der Gewinnung der objektiven Wahrheit bildet. Keineswegs erstreckt sich aber auf die Erlangung der Wettsumme der Vertragszweck. Wer dies annimmt, hat die causa der Wette nicht erkannt oder verwechselt causa und Motiv. Indem also die Wette die Beseitigung und Beilegung eines ernsten Meinungsstreites zum Gegenstand hat, während das Spiel Kampf und Streit zur Erlangung von Geldeswert bezweckt, zeigt sich, daß beide Verträge verschiedenen Zielen zustreben, somit inhaltlich nicht identisch sein können.

Mit diesen Ausführungen dürfte der Nachweis von der Verschiedenheit des Vertragsinhalts, der causa von Spiel und Wette, mithin auch der Nachweis von der begrifflichen Verschiedenheit beider Verträge erbracht sein.

Es lassen sich hiernach folgende Definitionen von Spiel und Wette aufstellen:

Spiel ist eine zwischen zwei Parteien auf Herbeiführung einer durch sonst nichts gerechtfertigten Änderung ihrer vermögensrechtlichen Lage untereinander auf Kosten der unterliegenden getroffene Übereinkunft, zufolge deren ein mindestens einer Partei noch unbekannter Umstand über den Ausgang des Spiels und die gewinnende Partei entscheiden soll.

Wette ist eine zwischen zwei in einem ernsten Meinungsstreit befindlichen Parteien getroffene Übereinkunft zwecks gütlicher Beilegung desselben durch Herbeiführung einer Entscheidung, dergestalt, daß sich jede Partei zur Erreichung und Förderung des Vertragszweckes zugunsten der anderen Partei oder eines Dritten einem Vermögensverlust unterwirft, falls die von ihr aufgestellte Behauptung sich als unrichtig erweisen sollte.

II. Teil.

Geschichtlicher Überblick über die rechtliche Behandlung von Spiel und Wette.

§ 9.

Das Spiel im römischen Recht.

Die Frage nach der rechtlichen Behandlung des Spiels im römischen Recht ist gleichbedeutend mit der Frage nach der rechtlichen Behandlung des Spiels im corpus iuris civilis. Denn die wenigen Angaben über die gesetzliche Regelung im vorjustinianischen Recht, die wir bei einigen römischen Schriftstellern finden, sind überaus dürftig und zumeist strafrechtlicher Natur.[1]) Wir sind also auf das corpus juris civilis angewiesen, und zwar auf die D. 11, 5 de aleatoribus und C. 3, 43 de aleae lusu et aleatoribus von Spiel und Wette handelnden Bestimmungen. Die Stellung, die hiernach die römische Gesetzgebung gegenüber dem Spiel einnimmt, kennzeichnet am besten der Ausspruch des Paulus in D. 11, 5 l. 2 § 1:

> Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta, vel pilo jaciendo vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat.

---

[1]) vgl. Mengel a. a. O. S. 32.

Das römische Recht verbietet also grundsätzlich das Geldspiel und gestattet nur ausnahmsweise den Lanzenkampf, das Pilum-Werfen, den Wettlauf, das Springen, den Ring- und Faustkampf, also fünf Spiele, die zur Ausbildung körperlicher Tüchtigkeit dienen. Eine weitere Ausnahme des Spielverbotes enthält die l. 4 pr. D. 11, 5, zufolge der das Spiel im häuslichen Kreise (familia) um das, quod in convivio vescendi causa ponitur, gestattet ist.

Der Sinn des allgemeinen Spielverbotes und der damit verfolgte Zweck erhellt aus den gesetzlich gestatteten Ausnahmen. Es sollte den schädlichen Folgen des hohen Geldspiels vorgebeugt und den dadurch leicht bedingten Notständen abgeholfen werden. Diese Auslegung findet ihre Bestätigung durch die Kodexstelle C. 3, 43 l. 1, in der es heißt:

> proprias substantias perdiderunt die noctuque ludendo in argento apparatu lapidum et auro . . . commodis igitur subjectorum providere cupientes hac generali lege decernimus, ut . . .

Die Übertretung des Spielverbots ist zwar straflos gelassen, doch versagt das römische Recht dem Gewinner eine Klage auf den Spielgewinn gegen den Verlierer. Ja es geht sogar noch weiter in der Fürsorge für den Verlierer und gestattet letzterem, bezw. seinen Erben, eine erst in fünfzig Jahren verjährende Klage auf Rückgewähr des gezahlten Betrages gegen den Gewinner, bezw. dessen Erben. Bei Nichtausübung des Rückforderungsrechtes geht dasselbe auf den Staat über.[1])

Indem hiernach das römische Recht einerseits den Spielvertrag für rechtlich unwirksam erklärt und andererseits den

---

[1]) C. 3, 43 l. 2.

Verlierer im weitgehendsten Maße schützt, bekämpft es in wirksamster Weise die schädlichen Folgen des Geldspiels.

§ 10.
Die Wette im römischen Recht.

Nach der herrschenden Meinung in der Literatur ist die Wette im römischen Recht ein vollgültiger und rechtswirksamer Vertrag. Man nimmt allgemein an, daß für die Wette das Wort sponsio im besonderen Sinne gebraucht worden und in den in Betracht kommenden Stellen des corpus iuris civilis auch in diesem Sinne zu verstehen sei.[1])

An dieser Auffassung ist schon wiederholt Kritik geübt worden, früher von Thöl,[2]) in neuerer Zeit von Endemann[3]) und in besonders eingehender und scharfer Weise von Mengel.[4]) Letzterer bekämpft vor allem die Ansicht, daß die Römer einen unserem heutigen Recht vergleichbaren Wettvertrag gekannt und hierfür den Ausdruck sponsio gebraucht hätten. Mengel versteht unter dem Ausdruck sponsio nur ein einseitiges Verpflichtungsversprechen, nicht aber eine Zusammenfassung von zwei gegenseitigen sponsiones unter entgegengesetzten Bedingungen. Er gibt zwar zu, daß sich aus der vielseitigen Anwendbarkeit der sponsiones im römischen Recht die Möglichkeit ergäbe, sie auch Wettzwecken dienstbar zu machen, dadurch daß man sich durch sponsio und restipulatio die Wett-

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 105; Wilda Bd. 8 S. 215ff.; Sintenis § 123; Bruck a. a. O. S. 15ff.; Hirschfeld a. a. O. S. 15ff. u. a.

[2]) Thöl a. a. O. S. 264ff.

[3]) Endemann § 187 S. 1174.

[4]) Mengel a. a. O. S. 37ff.

summe verspräche, bestreitet aber, daß hierdurch ein Wettvertrag in unserem Sinne habe zustande kommen können, da jeder rechtliche Zusammenhang zwischen beiden sponsiones fehle, und sich die Klagbarkeit nur auf die Verbalvertragsform gründe, zufolge der jede einzelne sponsio schon an sich rechtsverbindlich sei, nicht aber auf die causa des Wettvertrags.

„Klagbar war in Rom", so führt Mengel[1]) aus, „die sponsio, nicht die Wette; mögen daher im Leben der Römer Wetten auch vorgekommen sein: daß das Recht einen ihre causa als bündig erklärenden Wettvertrag gekannt habe, läßt sich, soweit unsere Kenntnis reicht, nicht annehmen." Geleitet von dieser Anschauung, bekämpft Mengel die Gründe, auf die sich die herrschende Lehre stützt, indem er vor allem die einschlägigen Quellenstellen in anderem Sinne als die herrschende Lehre deutet und auslegt und sie so des ihnen beigemessenen Beweiswertes zu entkräften sucht.

Demgegenüber erblickt die herrschende Lehre die Rechtsgültigkeit der Wette schon durch deren ausgedehnte Anwendung als Prozeßwette im römischen Recht als verbürgt. Ihre früheste Anwendung findet sich in der legis actio sacramento, bei welcher bekanntlich der Kläger feierlich seinen Rechtsanspruch behauptet, während ihn der Beklagte in gleicher Weise bestreitet, worauf dann beide Litiganten eine Wettsumme einsetzen, welche jeder verloren haben will, wenn seine Behauptung als unwahr sich erweisen sollte. Es läßt sich nicht leugnen, daß dieser Vorgang vor dem Prätor dem Abschluß einer echten Wette entspricht, und daß er, da er auch dasselbe Ziel wie die causa jedes anderen Wettvertrages,

[1]) a. a. O. S. 45.

nämlich Entscheidung eines ernsten Meinungsstreites, zum Gegenstand hat, in dem Worte „Prozeßwette“ die richtige Bezeichnung gefunden hat.[1][2]) Auch im corpus juris civilis finden sich Stellen, die die herrschende Lehre als Beweis für die Rechtsgültigkeit der Wette mit Recht in Anspruch nimmt. So vor allem die l. 17 § 5 D. 19, 5,[3]) hinsichtlich welcher bei Berücksichtigung ihres ganzen Inhaltes und insbesondere des darin vorkommenden Ausdrucks „victori“ mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß die Worte sponsionis causa im Sinne von Wette gebraucht sind.

Schließlich können Beweise für das Vorkommen des heutigen Wettvertrags im römischen Recht auch aus der römischen Literatur beigebracht werden. Ich erinnere nur an die von Plinius[4]) berichtete Wette des Antonius mit der Kleopatra über deren Behauptung, sie könne ein Mahl für hunderttausend Sesterzen anrichten, welche Wette letztere dadurch gewann, daß sie eine ihrer kostbaren Perlen im Wein auflöste. Wenn auch zugegeben werden muß, daß den Zeugnissen der römischen Literatur nicht dieselbe Beweiskraft

---

[1]) Mengel, welcher die causa des Wettvertrages anders als wie wir bestimmt, verneint natürlich, daß die sogen. Prozeßwette wirklich Wettzwecken dient. Er sieht in ihr nur „eine allgemeine, die Entscheidung streitiger Rechtsansprüche jeglicher Art vermittelnde Prozeßeinrichtung“. a. a. O. S. 41.

[2]) Noch in der späteren Zeit läßt sich die Prozeßwette in den noch vor dem Formularprozeß aufkommenden eigentlichen Prozeßsponsionen nachweisen. Natürlich kommen hier nur die zweiseitigen sponsiones in Betracht, besonders die sponsiones poenales.

[3]) si quis sponsionis causa anulos acceperit nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit: nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat.

[4]) Plinius, Naturgesch. IX 57. vgl. Wilda Bd. 8 S. 215 i. f.

beizumessen ist wie Quellenbeweisen, so darf ihnen doch andererseits nicht jede Beachtungswürdigkeit ohne weiteres abgesprochen werden.

M. E. können die Gründe, die für die Rechtsgültigkeit der Wette im römischen Recht sprechen, noch nicht als widerlegt angesehen werden. Wenn es auch — worauf die gegnerische Seite besonders Gewicht legt — auffällig erscheinen mag, daß das corpus juris civilis sich im Vergleich zum Spiel und zu anderen Verträgen verhältnismäßig wenig mit der Wette beschäftigt und über ihren Begriff nichts enthält, so erklärt sich dies einfach daraus, daß das römische Recht die Rechtsgültigkeit der Wette schon durch deren ausgedehnte Anwendung im römischen Civilprozeß als begründet und genügend festgestellt erachtet.

Einer kurzen Betrachtung bedarf noch die l. 3 D. 11, 5, welche lautet:

> in quibus rebus ex lege Titia et Publilia et Cornelia etiam sponsionem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.

Aus ihrem Wortlaut kann leicht gefolgert werden, daß im römischen Recht der Abschluß von Wetten nur über die besonders erlaubten fünf Kampfspiele[1]) gültig gewesen wäre. Daß diese Stelle nicht in dem Sinn ausgelegt werden darf, erhellt aus der l. 17 § 5 D. 19, 5, welche die Rechtsgültigkeit einer Wette davon abhängig macht, ob die causa eine honesta oder inhonesta ist. Ist die causa eine honesta, so ist die Wette erlaubt und klagbar, ist dagegen die causa eine inhonesta, d. h. ist der Inhalt des Wettvertrags unsittlich und unerlaubt, oder dient er der Förderung der Unsittlichkeit, so

---

[1]) vgl. oben § 9.

ist die Wette nichtig.[1]) In diesem Sinne ist auch die l. 3 D. 11, 5 auszulegen.

§ 11.

Spiel und Wette im deutschen und gemeinen Recht.[2])

Welche Stellung das ältere deutsche Recht dem Spiel gegenüber eingenommen hat, läßt sich quellenmäßig direkt nicht nachweisen; trotzdem wird man aber in der Annahme nicht fehl gehen, daß etwa bis zum 13. Jahrhundert der Spielvertrag vollkommen rechtsverbindlich und klagbar gewesen ist.[3]) Hierfür sprechen verschiedene Gründe. Einmal erscheint diese Annahme aus dem Schweigen der Volksrechte, in denen andernfalls sicher Spielverbote zu finden wären, gerechtfertigt, zum anderen spricht dafür die Bestimmung des Ssp. I, 6 § 2, welche den Erben von der Haftung für die Spielschulden des Erblassers entbindet.

Diese Bestimmung des Sachsenspiegels deutet zuerst auf eine Einschränkung der Wirksamkeit der Spielverträge hin. Die gleiche Bestimmung enthalten auch spätere Rechte des 14. Jahrhunderts, wie z. B. das Görlitzer und Münchener Stadtrecht, die Goslarer Statuten, der Schwabenspiegel und das Sächsische Weichbild.[4]) Weitere Einschränkungen schlossen sich in der

---

[1]) Mühlenbruch § 425; Vangerow § 673 unter 5; Krügelstein a. a. O. S. 37; Arnheim a. a. O. S. 29.

[2]) vgl. hierzu die Ausführungen Wildas a. a. O. Bd. 2 S. 144—193 und Bd. 8 S. 220—239; ferner Bruck a. a. O. S. 24—54 und die Abhandlungen von Maurer und Schuster.

[3]) Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 145 ff.; Bruck a. a. O. S. 26 ff.; Schuster a. a. O. S. 100 ff.; Mengel a. a. O. S. 46.

[4]) Belegstellen bei Bruck a. a. O. S. 28 abgedruckt.

Folgezeit an. Sie waren zumeist durch das Überhandnehmen und Ausarten des Spiels zu gemeinem Gewinnspiel und durch die hierdurch hervorgerufenen Mißstände veranlaßt.[1]) Da diese Maßregeln als partikularrechtliche Normen nur einen beschränkten Geltungsbereich hatten und jedes einzelne Rechtsgebiet, das eine solche erließ, auf die örtlichen Verhältnisse und den Grad des sie erforderlich machenden Bedürfnisses Rücksicht zu nehmen hatte, so erklärt sich hieraus die große Zahl der Gesetze, die solche Maßregeln anordnen, und ihre verschiedene Schärfe.

So finden wir eine ganze Reihe von Partikularrechten, welche dem Spiel jede Klagbarkeit entziehen; zu ihnen gehören die Stadtrechte von Regensburg, Luzern, Prag, Lüneburg, die Augsburger Statuten von 1276, das Magdeburger Schöffenrecht von 1261, das Memminger Rechtsbuch von 1396 und das Sächsische Weichbild.[2]) Letzteres z. B. enthält in Art. 97 die Bestimmung:

> Beklaget en man den anderen umme dobelspel, he ne darf yn nicht antwerden dar umme.

In gleichem Sinne bestimmt auch das Prager Stadtrecht in Art. 44:

> Um topilspill schol der richter noch die schepphen nyemant rechtes helfen.

Noch weiter ging die Gesetzgebung in einzelnen Rechtsgebieten, insofern sie die übermäßig hohen Spiele, insbesondere die gefährlichen Glücksspiele, mit Strafe bedrohte.[3]) Zahl-

---

[1]) vgl. Schuster a. a. O. S. 72 ff.; Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 155 ff.

[2]) Belegstellen bei Bruck a. a. O. S. 32 ff. abgedruckt; weitere Stellen bei Schuster a. a. O. S. 133 ff.

[3]) Bremer Statuten von 1300; Göttinger Statuten von 1301; Regensburger Stadtrecht von 1320; Duderstadter Stadtrecht vom Ausgang des 14. Jahrhunderts; Budissiner Statuten von 1548. — Vgl. auch

reiche andere Rechte hingegen nehmen eine dem Spiel bedeutend geneigtere Stellung ein. Abgesehen von einigen Rechtsgebieten, wie Hamburg, Wien und Bamberg,[1]) wo das Spiel seine volle Klagbarkeit behauptete und nur von jeder eingeklagten Spielschuld dem Gericht ein prozentualer Anteil zu zahlen war, schränkten diese Rechte die Klage aus dem Spiel nur in der Weise ein, daß sie dieselbe nicht auf mehr als den Betrag der Barschaft, den der Spieler bei sich gehabt, und die Kleidung, die er getragen, gestatteten. Derartige Bestimmungen enthalten die Goslarer Statuten, die Wismarer Ratswillkür von 1290, das Hagenauer Recht und die Glosse zum Ssp. III, 6.[2]) Weitere Partikularrechte, wie das Augsburger, Bamberger und Rainer Stadtrecht — und noch viele andere — trafen derartige Beschränkungen nur hinsichtlich des Spieles mit Haussöhnen.[3]) Aus diesen letzteren partikularrechtlichen Normen klingt deutlich der deutschrechtliche Grundsatz von der Unverbindlichkeit des Spieles auf Borg heraus. Direkt ausgesprochen findet sich dieser Grundsatz in verschiedenen Land-, Polizei- und Zuchtordnungen, sowie in der Reuterbestallung von 1570.[4]) So heißt es in der Württembergischen Landordnung von 1495 wörtlich:

---

bei Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 161 das Edikt des Kurfürsten Joachim II. von Brandenburg vom Jahre 1565, welches die Gewinn- und Verlustgrenze für die Spieler auf 300 Gulden bestimmt, das plus dem Staat für verfallen erklärt und den Gewinner desselben mit der Strafe des Doppelten belegt.

[1]) Wilda a. a. O. S. 148 ff.; Schuster a. a. O. S. 109 ff.

[2]) Bruck a. a. O. S. 30 ff.; Schuster a. a. O. S. 132 ff.

[3]) Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 151 ff.; Bruck a. a. O. S. 29 ff. Schuster a. a. O. S. 117 ff.

[4]) Württemberger Landordnung von 1495; Magdeburger Polizeiordnung; Memminger Zuchtordnung.

Insonderheit, was auf borg verspilt oder auf spil geliehen würdt, daß kein gericht darauf erkennen soll.

Schließlich erklärten eine Anzahl weiterer Rechte das Spiel, soweit es „um der Kurzweil“ oder „der ehrlichen Ergetzlichkeit“ wegen getrieben wurde, für erlaubt, während sie nur das Gewinnspiel bei Strafandrohung verboten.[1])

So verschiedenartig, wie eben geschildert, waren die deutschen partikularrechtlichen Bestimmungen über das Spiel, als das fremde römische Recht bei uns Eingang und Aufnahme fand. Im Laufe des 16. und 17. Jahrhunderts vollzog sich die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland. Hinfort war während der ganzen Dauer des gemeinen Rechts die Frage nach der rechtlichen Behandlung des Spiels eine der bestrittensten in der Literatur. Eine Einigung der Rechtsgelehrten darüber, welches Recht nunmehr das maßgebende sei, ob das deutsche oder römische, oder inwieweit das eine durch das andere modifiziert worden und in dieser Form nun Anwendung zu finden habe, ist nie zustande gekommen. Schroff stehen sich im 18. und 19. Jahrhundert die Ansichten von Romanisten und Germanisten gegenüber. Während erstere [2]) zum großen Teil die uneingeschränkte Anwendung der römischrechtlichen Grundsätze über das Spiel im gemeinen Recht forderten, sich somit für das Spielverbot und das Rückforderungsrecht aussprachen, erklärten viele Vertreter

---

[1]) Rechtsbuch der Stadt Freysingen von 1359; Zittauer Stadtrecht von 1567. — Vgl. Wilda a. a. O. S. 165ff.

[2]) Puchta a. a. O. § 258 unter 2; Glück a. a. O. S. 344; Sintenis § 123 S. 734; v. Wening-Ingenheim a. a. O. § 281 S. 260ff.; Bruck a. a. O. S. 44; Vangerow a. a. O. § 673; Mühlenbruch a. a. O. § 424 S. 457; Danz a. a. O. § 211 S. 306 u. a.

der anderen Richtung das Spiel in Ermangelung entgegenstehender strafrechtlicher Normen für erlaubt.[1]) Eine vermittelnde, es mit dem römischen Recht noch haltende Richtung[2]) suchte wiederum, geleitet von der jetzt überwiegenden deutschen Rechtsauffassung, wonach man im allgemeinen das Spiel für erlaubt ansah, die beiden schroffen Gegensätze dadurch zu überbrücken, daß sie durch eine gekünstelte, völlig unbegründete Auslegung der römischrechtlichen Bestimmung, die nur das Erlaubtsein der fünf bekannten, der Ausbildung körperlicher Tüchtigkeit dienenden Kampfspiele statuierte, auch die der Übung des Geistes dienenden und eine gewisse Fertigkeit erfordernden Kunstspiele für erlaubt erklärte und das römische Spielverbot nur auf die Glücksspiele beschränkte. Gerade aber in dem Bestreben, das römische Recht dem deutschen näher zu bringen, zeigt sich, wie wenig die römischrechtlichen Grundsätze vom Spiel auf deutschem Boden Wurzel geschlagen hatten. Die heutige deutsche Rechtsauffassung, die das Spiel für erlaubt ansieht, steht eben im Gegensatz zu dem fremden Recht. Trotz des prinzipiellen Gegensatzes zwischen Romanisten und Germanisten hinsichtlich der Lehre vom Spiel stimmten beide Richtungen bis auf wenige, eine andere Ansicht vertretende Schriftsteller darin überein, daß das Spiel keine Klage erzeuge.

Was nun das Rückforderungsrecht des verspielten Geldes

---

[1]) Wilda a. a. O. S. 192—193; Dernburg, Pand. § 104 S. 286 u. a., während Schuster, Windscheid, Walter und v. Holzschuher a. a. O. nur das sich in Grenzen geselliger Unterhaltung haltende Spiel für erlaubt erklären.

[2]) Gengler a. a. O. S. 428 ff.; Keller a. a. O. § 228 S. 505; Bluntschli a. a. O. § 142 S. 136; vgl. Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 174 ff.

anbetrifft, so gibt die deutsche Rechtsauffassung in dieser Beziehung treffend das alte Memminger Stadtrecht[1]) mit den Worten wieder:

was einer dem anderen unbezwungentlich gibt,
das mag er wohl nehmen ohne gefährde.

Dieser Auffassung hat sich auch die gemeinrechtliche Literatur vorwiegend[2]) angeschlossen und hat demzufolge das Rückforderungsrecht verneint, teils grundsätzlich,[3]) teils nur hinsichtlich der durch das Strafgesetzbuch nicht unter Strafe gestellten Spiele.[4]) Letztere Ansicht dürfte aus dem Grunde, weil strafbare Spiele als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sind, die richtigere sein und den Vorzug verdienen.

Mithin lassen sich die Grundsätze über das Spiel im gemeinen Rechte dahin zusammenfassen:

In Ermangelung entgegenstehender strafrechtlicher Bestimmungen ist das Spiel erlaubt, entbehrt aber der Klagbarkeit. Der gezahlte Spielgewinn kann mit Ausnahme der vom Strafgesetzbuch verbotenen strafbaren Spiele nicht zurückgefordert werden.

Kürzer als beim Spiel können wir uns bei der Darstellung der Wette fassen; und zwar einmal aus dem Grunde, weil die rechtliche Behandlung der Wette im deutschen Recht hinsichtlich ihrer Verschiedenartigkeit im großen und ganzen mit der des Spiels übereinstimmt, zum anderen des-

---

[1]) vgl. Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 185.

[2]) Anderer Ansicht die sich an das römische Recht streng haltenden Romanisten.

[3]) Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 185 und 193; Bluntschli a. a. O. § 142 S. 137; v. Holzschuher a. a. O.

[4]) Dernburg, Pand. § 104 S. 286; Beseler a. a. O. § 118 S. 535 unter II.

halb, weil die herrschende Lehre von der Rechtswirksamkeit und Klagbarkeit der Wette im gemeinen Recht nur wenig Widerspruch erfahren hat und somit als festgestellt erscheint. Die ersten Quellenbeweise von der Wette gehören ebenso wie die des Spiels dem 14. Jahrhundert an. So führt Wilda wohl als frühestes das Regensburger Stadtrecht von 1320[1]) an, welches bestimmt:

> man richtet auch umb spilgelt, umb chugelgelt, umb wetten und überwetten nicht.

Ähnliche Bestimmungen, die die Wette für klaglos erklären, finden sich in verschiedenen weiteren Partikularrechten, während wiederum andere, so das Hamburger und Lübecker Stadtrecht — in welchen beiden Rechtsgebieten sich auch die Klagbarkeit des Spiels erhalten hatte — die Klagbarkeit der Wette anerkannten.

Mit der Rezeption des römischen Rechts nahm die rechtliche Behandlung der Wette eine einheitlichere Gestaltung in Deutschland an. Unverkennbar zeigt sich der römisch-rechtliche Einfluß jetzt in der deutschen Partikulargesetzgebung. Eine ganze Reihe von Partikulargesetzen[2]) heben die Klagbarkeit der Wette ausdrücklich hervor. Das fremde Recht hatte das einheimische verdrängt und war an seine Stelle getreten. Nachwirkungen des früheren Rechtes machten sich nur insofern noch bemerkbar, als man hier und da die Klagbarkeit der Wette von der Mäßigkeit der Wettsumme oder von der bedächtigen Eingehung der Wette abhängig machte.[3])

---

[1]) Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 220 i. f.

[2]) vgl. die bei Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 224ff. und bei Bruck a. a. O. S. 48ff. abgedruckten partikularrechtlichen Bestimmungen.

[3]) vgl. hierzu Heinzerling a. a. O. § 3 S. 113ff.

§ 12.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Mit der Einführung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs und dessen Inkrafttreten am 1. 1. 1900 hat die verschiedene rechtliche Behandlung von Spiel und Wette in Deutschland, wie sie in der partikularrechtlichen Gesetzgebung bis in die Neuzeit bestanden, ihr Ende erreicht. Hinfort gelten im ganzen Deutschen Reich die Bestimmungen dieses Gesetzbuchs, welches in § 762 Abs. 1 bezüglich des Spiels und der Wette bestimmt: „Durch Spiel oder Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.“ Beide Verträge sind somit einander gleichgestellt und des Rechtsschutzes völlig entkleidet worden. Sie stehen außerhalb der Sphäre des Rechts, vermögen ein Schuldverhältnis nicht zu begründen. Demgemäß kann der Gewinner nicht auf Bezahlung des Spielgewinnes oder der Wettsumme klagen, er kann auch sein Recht auf den Gewinn nicht gegen eine Forderung, die der Verlierer wider ihn hat, aufrechnen. Ebensowenig aber kann der Verlierer, der bereits gezahlt hat, seine Leistung zurückfordern, es müßte denn sein, daß dem Gewinner Unredlichkeiten, insbesondere Betrug zur Last fallen. Auch die Übernahme einer Bürgschaft für die Spielschuld seitens eines Dritten ist ausgeschlossen, da die Bürgschaft als akzessorisches Recht das Bestehen einer Hauptverbindlichkeit voraussetzt. Damit nun aber die Parteien nicht auf andere Weise dem Willen des Gesetzgebers zuwider die Spiel- oder Wettschuld klagbar machen können, bestimmt

§ 762 in Abs. 2, daß „eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teil gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht," denselben Rechtsvorschriften unterliegen, also gleichfalls null und nichtig sein soll. Mit dieser Bestimmung soll vor allem dem Schuldanerkenntnis und dem Schuldversprechen auf Grund eines Spiel- oder Wettvertrags die Klagbarkeit entzogen werden.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.